ПРО НЕВАЖНІСТЬ

В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

РОЗВІДКА

З АВСТРИЙСКОГО ПРАВА ПРОЦЕСОВОГО

НАПИСАВ

Д-Р КОСТЬ ЛЕВИЦКИЙ

адвокат у Львові.

107758

У ЛЬВОВІ, 1900.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.

107758

ПРО НЕВАЖНІСТЬ
В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

написав

Др. Костъ Левицкий

107758
39.508

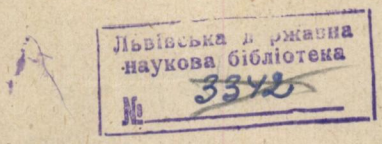
1.00 г.
II
И 98758

Памяти Найдорожшої Матери

Костуні з Козоровских Левицкої

присьвячує

~~Сов~~ автор



Вступ.

Новий устав цивільного процесу подає всї причини правні, задля яких виданий вирок судейский, або і переведене поступованє судове мають бути неважні. Тоті причини правні творять в собі замкнений систем неважности в австрийскім процесї цивільнім, то виповняють тоту недостачу, яка була в давнім уставі процесу цивільного.

Загальний признак нашої цивільної неважности процесової основує ся на тім, що єї сути правної не творить блудне розпізнанє дїйсного стану справи або блудне приміненє закону*), але нарушенє головних засад правильного переводу процесового. Чи дотичне орєченє судейске є справедливе або несправедливе, отсе уступає на друге місце, бо сам перевід процесовий був вельми хибний. Коли справу рішав судия, що є виключений від викопуваня судейского уряду в даній справі або єго ухиленє було оправдане; коли орікаючий суд не був правильно зложений; коли справу рішав такий суд, що безглядно є неприналежний для таких справ; коли сторонї віднято спромогу розправляти ся перед судом; коли сторона не була правно заступлена перед судом; коли оречено в такій справі, що взагалї не належить до дороги права; коли неоправдано виключено явність розправи; коли нарушено засаду устної розправи достатченєм готових протоколів розправи, або само уложенє вироку є так хибне, що єго розпізнанє у висшім судї є неможливе, тодї не ма тої визначної запоруки, якої суспільність інтересована має право жадати від державного виміру справедливости, та тодї запавше орєченє судейске є формально неважне (§. 477 у. пр.).

---

*) Інакше в карнім процесї. Пр. пор. §. 281, уступу 5) 9) і 10) уставу поступованя карного з 23. мая 1873, В. з. д. 118.

Та не тілько вироки можуть бути неважні, але також самі процесові ділання сторін, як також самі судейскі ділання і ореченя перед виданєм вироку, то значить взагалї поступованє перед вироком стає неважне, як причина неважности єго дотичить. Правно-процесове становище судиї надає єму право і вкладає на него обовязок урядовий: не допускати неважности в процесї, та де отсе зайшло би, усувати єї надоложенєм залишеного. Тут належить постанова §. 6 у. пр., що з уряду узглядняє ся в кождім станї спору правного, брак спосібности процесовоï, законного заступства, як також потрібного осібного уповажненя до правованя, та як тота хи́ба може бути усунена, має суд видати потрібні прикази. Коли ті хиби не дадуть ся ухилити, то суд першоï або висшоï інстанциї, перед котрим справа точить ся, має оречи неважність того поступованя, якого дотичить тота хи́ба (§. 7. у. пр.). Аби не допускати до розпочинання неважних процесів може суд від разу відкинути позов задля неприналежности судовоï, неспосібности процесовоï або браку законного заступства по сторонї позиваючого або пізваного (§. 230 у. пр.).

Отсе вказує нам, що в часї спору у першій інстанциї, як також у висших інстанциях зачіпленє неважности наступити може з уряду, то є через сам суд без внеску сторони або наслїдом внеску сторони „incidenter“ в тоцї процесу, або средством правним відкликаня, та ревізиї (§. 503/1 у. пр.).

Вкінци впроваджує новий устав цивільного процесу осібне средство процесове, так званий позов неважности (querela nullitatis) по правосильнім порішеню спору, обмежуючи тоту інституцию процесову до двох случаїв: неспосібности судейскоï і браку законного заступства сторони (§. 529 у. пр.). До неважности поміченоï і допустимоï по правосильнім закінченю поступованя належать також ті справи, де наше судовство або підсудність звичайних судів є виключена, то тодї на внесок найвисшоï власти адмінїстрацийної орікає найвисший трибунал судовий про неважність переведеного поступованя судового (§. 42 н. юр.).

З отсего загального представленя оказує ся, що законні причини неважности в нашім новім процесї цивільнім обнимають не тілько так звані вимоги до важного заєствованя процесу, знані в науцї права процесового з давнїйшоï теориї Bülow'a (Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen,

Giessen 1868), але також такі обставини процесові, що пригодились по важнім заправованю.

Трактуючи річ систематично, маємо до діла з неважностями, що їх помічено в процесі першої інстанції, відтак з такими, що їх помічено у висших інстанциях, та в кінци з такими, що їх помічено по правосильнім поріщеню справи. В самім своїм єстві неважність має свій привід в отсих трох основних хибах процесових: *неспосібности сторін*, що є першим чинником в процесі, бо без сторін процесових нема процесу; в *неспосібности судейскій*, бо без правильного судиї нема суду, та *в нарушеню підстав правильного поступованя*, що становить запоруку державного виміру справедливости. —

I.

Неважности в першій інстанції.

1) Процесова неспосібність сторін.

Внесенєм позву має заістнувати процес поміж двома сторонами. Межи сторонами процесовими стає третий чинник, яким є судия в процесї, що рішає про оспорене право та вдоволяє або відказує супереčним жаданям сторін. В процесї одна зі сторін або обі частинно упадають зі своїм жаданєм та усталене управнене материяльне, зглядно обовязок набирають сили правної правосильностию і викональностию ореченя судейского. Тим способом цивільний процес стає *новим відношенєм правним*, бо тут окрім сторін спорових приступає ще судейский чинник, та кінцем того відношеня правного являє ся остаточне *ореченє судейске*, що є *обовязуючим актом правним* для всїх трох причасних чинників, який утримує ся в силї правній замітом справи осудженої („Bis de eadem re ne sit actio“).

Тому, хоч цивільний процес не витворює нових управнень анї зобовязань[1]), завсе віддїловує своїм усталенєм права материяльного на користь одної або другої сторони. То, що сторона уважала перед процесом за своє, усуває ся з єї розпорядимости по процесї, а то, чого сторона не мала перед процесом, переходить на єї річ по процесї. А позаяк до кождого акту правного потрібна є спосібність до дїланя правного, прото пер-

[1]) Пр. пор. Unger, System, II, на стор. 352: „das Recht enthält seinem Begriff nach die Möglichkeit, sich gerichtlich zur Anerkennug und Geltung zu bringen, es ist prinzipiell (vgl. §. 19 a. b. G. B.) ein klagbares Recht.“

шим услівєм до важного заєствованя процесу є конечна *спосібність процесова*. З уваги, що предметом процесу цивільного є права приватні, прото понятє спосібности процесової є тотожне з понятєм спосібности до дїлань правних. Задля того устав нового процесу цивільного в першім реченю §. 1. покликує ся на право цивільне вказуючи, що кожда особа о стілько є спосібна самостійно дїлати перед судом яко сторона (спосібність процесова), о скілько може самостійно входити у важні зобовязаня. Наслїдом тої постанови правної є, що особи неспосібні до самостійного дїланя при зобовязанях (§. 865 закону цивільного), не можуть також самостійно дїлати в процесї[2]). Отсе дотичить в першім ряді нелїтних, хорих на умі і марнотравних, та в другім ряді осіб правних, бо одні і другі мусять послугувати ся заступством правним. Крім того, де дотичні закони вимагають осібного уповажненя до розпочинаня спорів, ще і то має бути виказане в позві[3]).

Натомісць вимога спосібности процесової не має того значіня правного, аби комунебудь відмовляла дороги права, бо по мисли §. 19 закону цивільного: кождий, що чуєсь нарушений у своїм праві, може єго доходити перед властию законом покликаною.

Таким способом спосібність процесова стає тотожним понятєм правним зі спосібностию до дїлань правних. Наслїдом того є, що малолїтні не потребують співдїланя законного заступника в тих справах спірних, котрі мають за предмет лиш то, чим малолїтний по мисли приписів §§. 151, 246 і 247 закону цивільного може свобідно розпоряджати (§. 2. у. пр.). Не будуть прото неважні тоті спори, де сам малолїтний позиває або є запізваний о такі вартости маєткові, що їх може покрити своїми

---

[2]) Пр. пор. §. 577 у. пр., де постановлено, що договір роз'ємний є правно важний, — як сторонне спосібні заключити угоду про предмет спору. Тут вимоги правні дотичать не тілько підметової сторони, але також предметової сторони спору, бо н. пр. в спорах про важність супружя обмежена є розпорядимість сторін.

[3]) Такого уповажненя вимагає припис §. 233 закону цивільного. Що до громад §. 30|5 закону громадского з 12. серпня 1866, В. з. кр. 19. Тут належить звернути увагу, що осібного уповажненя жадає ся до виточеня процесу, але не вимагаєсь того по сторонї пізваних. Значить, офензива процесова виріжнює ся від дефензиви процесової. Отець яко правний заступник своєї дитини не потребує уповажненя до виточеня спору.

зарібками, які має, не побираючи утриманя від родичів, як також предметами відданими єму до ужитку, по укінченю літ доспілости, зглядно доходами полишеними до розпорядимости малолїтному, що скінчив двайцятий рік житя. Також не буде неважне вислуханє малолїтного яко сторони задля переведеня доказу в процесї, без огляду на предмет і вартість спору, бо тодї дотичний малолїтець не розпоряджає предметом спору, але стає материялом доказовим для суду (§. 373 у. пр.)[4]).

Неспосібність процесова, хоч би лиш одної сторони процесової, робить неважним цїлий процес від початку, коли неспосібність істнувала від самого початку. Тому судия не може допускати до правованя осіб неспосібних, та як дослїдить тоту сущну хибу процесову в самім початку процесу чи пізнїйше, повинен би уневажнити все, що здїлано в такім процесї, бо при тім станї річи нїчо важного не могло стати ся, отже лишає ся нїчо. Але можливий є спосіб ухиленя неважности, коли по сторонї неспосібній стане єї законний заступник, коли законний заступник викаже вимагане уповажненє до виточеня спору (опікун, куратор, заступник особи правної), або як тим часом особа неспосібна викаже ся спосібностию процесовою (уповнолїтненє), та узнасть свої попередні дїланя за важні і правно обовязуючі. Тим чином наступає санация неважности процесу, що через то стає важний від самого початку. Отсю практичнїйшу дорогу вибрав наш новий процес цивільний, постановляючи, що як хиба спосібности процесової, законного заступства або потрібного уповажненя до правованя дасть ся ухилити, то суд в тій цїли удїлить вказані прикази і означить з уряду відповідний речинець до виконаня їх, та до того часу здержує ся рішати про наслїди поміченої хиби. Тим часом цїлий процес є здержаний у своїм дальшім проведеню, доки не прояснить ся перша условина важного заєствованя правильного процесу, якою є спосібність сторін виступаючих в процесї. Але і в тій переходовій добі процесовій узглядняє закон можливість небезпечности проволоки для сторони неспосібної до процесу, допускаючи єї до піднятя конечних чинностий процесових під за-

[4]) Зовсїм инше значінє мала присяга головна (juramentum litis decisivum) в давнім уставі судовім (§. 275), де могла бути вказана противникови через сторону, що має право годити ся про предмет спору. Пор. §. 99 закону цивільного і §. 8 розп. мінїстерства судівництва з 9. грудня 1897, В. з. д. 283, дотично спорів про уневажненє супружя.

стереженєм усуненя тої хиби процесової, (§. 6 у. пр.). Свобідне розпізнанє судейске буде в таких разах мати на увазї правдоподібність усуненя неспосібности процесової, та наглядний хосен для дотичної сторони.

Того роду фактичні обставини можуть промовляти також за повновластцем сторони спосібної до процесу, що хоче єї іменем виконати наглі чинности процесові, та не може зараз виказати ся формальною повновластию, і в тім разї закон (§. 38 у. пр.) не виключає можливости допущеня такого повновластця невиказаного до дїлань в процесї, за обезпекою коштів або і без неї, але під услівєм додаткового предложеня повновласти, зглядно одобреня сторони заступленої.

Коли хиба дотично спосібности процесової (також законного заступства або уповажненя до процесованя) не може бути усунена або єї не усунено в означенім речинци, тодї суд, в котрім справа точить ся, рішає ухвалою про неважність поступованя (§. 7 у. пр.), та цїлий процес від початку буде неважний, як спосібність процесова хибувала від самого початку.

Утрата спосібности процесової може наступити також пізнїйше, то є в тоцї процесу, що важно заєствував, та в тім разї конечна є перерва дальшого поступованя задля недопущеня до неважности. Тут виріжняє закон процесовий, чи дотична сторона була заступлена через процесового повновластця, чи сама виступала в процесї. Коли був в своїм часї важно установлений процесовий повновластець, то не наступає перерва поступованя (§. 158 у. пр.), бо в своїм часї важно удїлена повновласть надає повновластцеви управненє до переведеня цїлого процесу, хоч би в межичасї наступила фізична або правна смерть властедавця (смерть, утрата спосібности правної, усуненє опікуна або куратора і взагалї зміна законного або правного заступства, гл. §. 35 у. пр.), з виємком случаю відобраня повновласти процесової.[5]). Але і в тім

[5]) Осібні наслїди правні викликує в процесї отвореє конкурсу до маєтку одної зі сторін процесових по мисли закону з 25. грудня 1868, В. з. д. ч. 1 з р. 1869. Тодї на місце упавшого довжника яко позовника вступає маса конкурсова, о скілько предметом спору є права маєткові довжника (§§. 9 і 10 з. конк.). Коли упавший довжник є стороною пізваною, та справи не порішено в першій інстанциї, то наступає перерва поступованя в цїли зголошеня правіжу в конкурсї (§§. 7 і 134 з. конк.).

разї, як сторона була в процесї заступлена через повновластця процесового, може зайти потреба перерви поступованя, коли дотичний повновластець умре або стане ся сам неспосібний до заступства сторони, та устав цивільнnго процесу допускає тодї перерву тілько в процесах адвокатских, — в инших процесах буде конечне завізване самої сторони до розправи, бо інакше був би неважний дальший перевід процесовий (§. 160 у. пр.).

На перший погляд може насунути ся питанє; чомý так порішив законодавець отсе питанє, а не в инший спосіб. Розвязане питаня найдемо в засадї обосторонного вислуху сторін в процесї, без чого не дасть ся подумати правильне поступованє взагалї. Коли отже сторона виступає в процесї сама, то є без повновластця, та неспосібність діймає єї самої, то від тої хвилї не ма дотичної сторони в процесї, та задля того годї вести дальшого правованя з одною стороною аж до часу, як на єї місце вступить управнений правонабувець чи законний заступник. То само наступає тодї, як в процесї адвокатскім пригодить ся неспосібність по сторонї адвоката, бо в тім процесї сама сторона є виключена від дїлань процесових, то значить так, як би єї не було аж до часу, доки не буде установлений новий повновластець адвокатский. Натомісць не мож такого стану справи приняти в инших процесах, де сторона виступала через повновластця, що в тоцї процесу став неспосібний, позаяк в тих процесах сама сторона дізнавши ся про неспосібність свого заступника, може особисто підняти дальші чинности процесові, супротив чого не ма потреби переривати дальшого поступованя, та хіба зайде потреба відроченя розправи і повідомленя про се дотичної сторони процесової.[6]).

Дальше важне є означенє особи процесової і тим самим спосібности процесової при так званих *особах правних* (juristische Personen), що наука права материяльного дїлить на корпорациї і фундациї, і то по тому пониманю: чи маємо до дїла зі сполученєм осіб в оден суцїлий орґанїзм правний, чи знов маємо сполученє майна для певної цїли, то є в оден суцїльний орґанїзм правний (universitas personarum і universitas bonorum). До корпораций в значіню маєтково-правнім зачисляємо: скарб державний (фіскус), краї (фонди краєвi), повіти (фонди повітові), громади (адмінїстрацийні, віроісповідні), со-

[6]) Пр. пор. Erläuternde Bemerkungen, на стор. 233 і 234.

бори капітульні, монастирі, цехи (Innungen, Zünfte), товариства і стоваришеня, та до фундаций причисляємо: парохії, маєтки церковні школи, шпиталї, стипендиї, бібліотеки і музеї,[7]) та взагалї добродійні фонди. Полишивши поважні сумнїви, які насувають ся при відріжнюваню одних від других, повстають не раз і такі сумнїви, чи дотичний підмет правний є особою правною чи особою фізичною, чи взагалї не є особою в значіню правнім.

Тут належать передовсїм *власти і уряди*, що ніяким способом не можуть уважати ся за особи правні, бо в дійсности власть яко така не має жадного майна, та оно належить до держави, краю, повіту або громади. Супротив того не мож уважати за особи спосібні до процесованя по мисли §. 1. уст. проц. анї суду, намістництва, староства, виділу краєвого, виділу повітового або ради повітової, старшини або ради громадскої, анї обшару двірского, анї властий центральних яко таких, та можуть позивати або бути пізвані: скарб держави, фонд краєвий, фонд повітовий, громада або властитель обшару двірского[8]). З'осібна ріжниця межи обшаром двірским а громадою є в тім, що громада представляє особу правну (корпорацию)

[7]) Пр. пор. Krainz-Pfaff, Privatrecht, I, Wien 1894, стор. 163. Про управненє Прокураторії скарбу до заступства маєтку державного, завідованих фондів, основного маєтку церковного і властий шкільних, пор. розпор. цїлого мінїстерства з 9. марта 1898, В. з. д. 41, і додаткове розп. мінїстерств з 7. червня 1898, В. з. д. 99.

[8]) Найв. трибунал судовий в своїм ореченю 30. сїчня 1895 ч. 940, пр. 15392, приступив до погляду висказаного в вироцї Суду краєвого вишого в Бернї з 28. падолиста 1894 ч. 8940: Der Ortsschulrath ist also nicht blos eine Aufsichtsbehörde, sondern auch eine gesetzlich constituirte Corporation, deren Bestimmung es ist, für die sachlichen Bedürfnisse der Schule vorzusorgen, und ist durch das Gesetz mit dem Bezuge der zur Erfüllung dieses Zweckes nothwendigen materiellen Mittel ausgestattet, daher als eine juristische Person anzusehen, welche demnach klagen und geklagt werden kann. Так само в ореченю з 27. вересня 1898 ч. 11528 (Gerichts-Zeitung № 48/1898):... weil nach dem Wortlaute des §. 1 C. P. O., wonach jede Person, die selbstständig giltige Verpflichtungen eingehen kann, processfähig ist, dem geklagten Bezirksausschusse die Processfähigkeit um so weniger abgesprochen werden darf, als er im vorliegenden Falle thatsächlich Verträge geschlossen hat. Отсим ореченем знесено рішенє Суду краєвого вишого у Львові з 4. липня 1898 Ч. Вс. I 147/98, котрим постановлено: Ueber Berufung des Belangten hat das Oberlandesgericht das erstrichterliche Urtheil sammt den vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben und die Zurückweisung der Klage ausgesprochen, weil nach §. 1. C. P. O. die Processfähigkeit nur eine physische oder juristische Per-

і тому́ може позивати та бути пізваною; натомість обшар двірский представляє посїлість земску, що є вилучена зі звязи громадскої (§. 1. закону з 12 серпня 1866, В. з. кр. 20, і закону з 21. марта 1888, В. з. кр. 41), тому єї приватний властитель є підметом в значіню приватно-правнім, чого не зміняє тота обставина, що обшар двірский має виповняти на своїй области всї обовязки і повинности громади (§. 7 покл. зак.).

Брацтва церковні, то є сполученє членів віроісповідної громади задля обслуги в церкві, покритя біжучих видатків богослужебних, та внутрішного утриманя (украшеня) церкви, як також инших цїлий добродїйних, доси не є зорґанїзовані — по більшій части — яко товариства на підставі закону про товариства з 15. падолиста 1867, В. з. д. 134, але істнують на підставі права церковного, та належить уважати їх за особи правні, понеже тото стале сполученє осіб фізичних має свою цїль дозволену і маєток до осущеня сеї цїли (фундований або збираний в часї відправи богослуженя). Представителем церковного брацтва є кождочасний парох[9]). Натомість *комітети конкуренційні* на підставі закону з 15. серпня 1866, В. з. кр. 28, вибирані сторонами конкуруючими до будованя та утримуваня будинків церковних і парохіяльних, є представителями дотичної громади віроісповідної, зглядно фонду конкуренційного, та тому властивою особою є тут не комітет конкуренційний, але фонд конкуренційний, що становить правну особу до позиваня і запозиваня.

---

son im Sinne des §. 26 a. b. G. B. besitzt, der Bezirksausschuss weder eine physische oder juristische Person, auch nicht eine Körperschaft ist, die Vermögen besitzt; er ist blos ein Organ des Bezirksrathes, also eine autonome Behörde, welche da der Bau der Eisenbahnzufahrtsstrasse im Concurrenzwege ausgeführt wird, gemäss des Landesgesetzes für Galizien vom 15. April 1881, L. G. Bl. 46, nur den öffentlichen im Concurrenzwege entstandenen Fond verwaltet. Da die Klage nicht gegen die Concurrenz des Baues der Zufahrtsstrasse, sondern gegen den Bezirksausschuss lautet, dieser aber processunfähig ist, so musste das erstrichterliche Urtheil sammt den vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben werden.

[9]) Розпорядженє мінїстерске з 28. червня 1856, В. з. д. 122, орекло, що стоваришеня католиків засновані під проводом духовеньства для цїлий релїґійних і добродїйних підлягають затвердженю епископа. Відтак розп. мінїст. з 13. цьвітня 1868 Ч. 1307, постановлено, що брацтва повинні засновувати ся на підставі закону з 15. падолиста 1867, В. з. д. 134. Пр. пор. Rittner, Prawo kościelne katolickie, II. Lwów 1879, стор. 390.

Так само всякі инші комітети зложені на підставі права публичного (н. пр. комітети для будови школи) або права приватного (и. пр. комітети льотерийні, прогулькові) не є особами, що мають спосібність процесову, та сторонами процесовими тут можуть бути або дотичні фонди публичні, зглядно сторони конкуруючі, або всі члени приватних комітетів, що мають право самостійно зобовязувати ся.

Вкінци в науці права цивільного є оспорене питанє чи *необнята спадщина* (hereditas jacens)[10]) є особою правною. З хвилию смерти спадкодовця маємо до дїла з необнятою масою спадковою, що треває аж до хвилї як спадкоємець прийме спадщину, то є зголосить ся до принятя і суд прийме то заявленє спадкоємця, та від тої хвилї спадкоємець представляє особу спадкодавця що-до єго прав і обовязків (§. 531 зак. див.). За сей час, від смерти спадкодавця до принятя через спадкоємця впроваджує закон цивільний в §. 547. фікцию правну того змісту, що перед принятєм спадкоємця уважає ся, мов би спадщина була під владою спадкодавця. Тим способом творить закон відношенє правне, що нїякий маєток не може бути безпідметовий, бо тривкий оборот суспільний не зносить зірваня відносин економічних, хоч би наслїдом смерти дотичного підмету. Але все таки небіщик спадкодавець не ожие і фізично но може дїлати, тому́ для єго маси маєткової та до дїлань процесових заходить конечна потреба установити куратора (декр. надв. з 19. сїчня 1790, Зб. з. с. 1094). З огляду на той стан перехідний годї витворювати другу фікцию правну, суперечну до першої, уважаючи масу необняту за якусь особу правну. В самій річи маємо тут анальоґічний случай з тим, коли сторона процесова не є невідома з житя і місця побуту (§§. 115 і 116 уставу пр.), та ріжниця у формальнім поступованю заходить тота, що установляючи куратора необнятої маси спадкової злишне є оголошенє едиктальне, бо єще не знати хто буде спадкоємцем до того маєтку спадкового.

Практичне значінє може мати питанє про законне заступство маси спадкової, зглядно спадкодавця, в спорах *о уневажненє розпорядженя послїдної волї*. Тут іде річ про уневажненє акту правного здїланого спадкодавцем, отже мусить бути заступлена цїла маса спадкова, то значить, що причасними

[10]) Unger, System, I, стор. 317 і д.

сторонами мусять бути в такім процесї всї спадкоємцї і всї записоємцї, бо уневажненє розпорядженя послїдної волї віддїловує також на їх права набуті.

З представленого оказує ся, що спосібність сторін до процесованя є першим вихідним услівєм (розвязуючим) до важного заєствованя процесу. Про сю вимогу процесову заміщує новий устав цивільного процесу перші свої постанови (§§. 1—10), та відтак підносить єї поновно поміж причинами неважности (§. 477/5 у. пр.). —

2) Процесова неспосібність судейска.

Звичайні суди виконують судоводство на підставі наданя правом державним. Монарх яко представитель верховолї державної, хоч нервісно покликаний виконувати судовство, особисто не бере участи при виконуваню державного виміру справедливости, та в єго імени виконують судоводство державне установлені ним самостійні і незалежні судиї (закон основний з 21. грудня 1867, В. з. д. 144). Наслїдом того орґанїзация і приналежність судів є вислїдом права державного, та становлять jus cogens не тілько для сторін, але також для самої власти судейскої.

З'осібна з того погляду мусимо розпізнавати постанови норми юрисдикцийної, шо означує підсудність звичайних судів (ordentliche Gerichte) супротив судів права публичного, якими називають ся трибунали: державний і адмінїстрацийний яко суди надзвичайні.

Звідси маємо постанову §. 42 норми юрисдикцийної, де установлено: *Коли виточена справа є винята з'під судоводства* нашої держави або *звичайних судів,* має дотичний суд в кождім станї поступованя сейчас ухвалою оречи свою непринależність та неважність *попередного* поступованя. То само має статись в судах висших інстанций, як тота хиба аж тут виявить ся. — Коли тота хиба виявить ся аж по правосильнім закінченю поступованя, має найвисший трибунал судовий на внесок найвисшої власти адмінїстрацийної оречи неважність переведеного поступованя судового. — Ореченє по мисли уступів 1 і 2 на може наступити, як єму протистоїть що-до при-

чини неважностѣ ѣще обовязуюче рішенѣ, що запало в тім самім або в якім иншім судї. Постанови уступів 1 і 3 мають також тодї приміняти ся, як в неспоровім поступованю виточено таку справу перед судом, що не становить предмету добровільного судоводства.

Неважність поступованя має тут своѣ жерело в *безглядній неприналежности* властий судових до порішеня справи (absolute Incompetenz). Запобігчи такій неважности мають право в першім ряді самі власти судові, не допускаючи до жадного поступованя судового або орікаючи неважність уже переведеного поступованя. Другим степенем ѣ виточенѣ спору компетенційного перед трибуналом державним по мисли §. 12. закону з 18. цьвітня 1869, В. з. д. 44, як *перед правосильним порішенѣм справи* власть адмінїстрацийна зголосила перед судом своѣ право приналежности до справи дотичної, та відтак начальна власть адмінїстрацийна зажадає в речинци 60ти днїв осудженя спору компетенцийного (bejahender Competenzconflict) через трибунал державний[11]). Третим степеним усуваня неважности ѣ, коли безглядна неприналежність судова виявить ся аж *по правосильнім осудженю справи*, та тодї уже не трибунал державний, але найвисший трибунал судовий, на предложенѣ дотичного мінїстерства або видїлу краєвого, має орікати остаточно про неважність поступованя судового. У всїх тих случаях і де про *ухиленѣ неважности задля предметової неспосібности судейскої* в даній справі (§. 477|6 у. пр.).

Другий рід предметової неспосібности судейскої заходить тодї, коли дотична справа належить до судоводства звичайних судів нашої держави, але до тої справи законом покликаний ѣ инший суд, а не той, до котрого внесено справу.

В тім предметї постанови норми воирисдикцийної означують приналежність судів та всякі справи цивільні розділюють межи поодинокі суди, але тим чином ѣще не ѣ виключене виразне порозумлїнѣ сторін інтересованих в тім напрямі, що певну справу поміж ними має рішати инший суд, що з огляду на відносини тих сторін ѣ для них більше догідний як суд зако-

[11]) Такий спір порішив трибунал державний 4. липня 1899 до ч. 199, орікаючи, що суди ѣ покликані рішатя про важність умови заключеної межи управою державною а громадою міскою що-до чинить-б на утриманѣ ґімназиї (Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums, XVIII, 1899).

ном покликаний. Отсе наступає на підставі так званого forum contractus, коли сторони письменною умовою постановляють, що їх договір має бути доповнений в певнім означенім місци, та що в тім місци доповненя управнені будуть також вносити позви з того договору (§. 88 норми юрисдикційної). То само відносить ся до місця заплати векселя (§. 89 нор. юр.), як також взагалї до случаїв виразного постановленя умовою, що сторони свої спори з певного відношеня правного піддають судоводству иншого суду, а не того, що є законом означений (§. 104/1 нор. юр.). Наслїдом такої умови сторін тратить одна сторона або обі сторони свою загальну підсудність, що іде за місцем замешканя (осїдку) пізваного, то значить піддають ся судови иншого місця, або знов піддають ся судови того самого місця, але вибирають собі инший рід суду першої інстанції.[12])

Окрім такої виразної пророґациї суду може судити неприналежний суд в тих случаях, коли пізваний в своїм часї не підносить заміту неприналежности та розправляє ся в самій річи, хоч мав право жадати, аби справу розсудив суд законом покликаний, бо позовник блудно запізвав єго перед судом неприналежним (§. 104/3 нор. юр.).

Але одно і друге має свої границї, поза котрі не може виступити з огляду на висший інтерес публичний. І так умовою сторін не вільно переказати звичайним судам тих справ, що є виняті з круга дїланя судів звичайних; справ загального судоводства не вільно поредавати судам торговельним або морским, або сенатам торговельним або гірничим; відтак справ придїлених виключно трибуналам першої інстанциї не може нереказувати судам повітовим (§. 50/2 нор. юр.), та вкінци справ, що законно належать до судів повітових, не може передавати трибуналам першої інстанциї (§. 104/2 нор. юр.).

Як би отже який з тих законом виключених судів рішав справу, то дотичний процес був би також *неважний задля безглядної неприналежности судової*, що становить предметову причину неспосібности судейскої (§. 477/3 у. пр.).

При тих предметових причинах неспосібности судейскої виріжнює устав процесовий недопустимість дороги права від

---

[12]) Пр. пор. Dr. Maurycy Allerhand, O prorogacyi miejscowej właściwości sądu i jej stosunku do prorogacyi rzeczowej właściwości, Reforma sądowa, III, стор. 132 і д.

прочих причин, бо коли першу з них каже кождого часу з уряду узглядняти, то прочі має сам суд з уряду узгляднити перед визначенєм розправи, а відтак полишає дотичній сторонї право заміту неприналежности суду (§§. 230/2 і 240/2 і 3. у. пр.), що може бути піднесений через цїлий час процесу в першій інстанциї та у висшій інстанциї переходить в причину неважности з §. 477/3 у. пр.

Неспосібність судейска може мати свою *причину в самім підметї орікаючім*, що по обовязуючому закону не має права видавати ореченя судейского.

Тут належить означена постановами §§. 7, 8 і 9/1 норми юрисдикцийної *обсада сенатів орікаючих* приписаним числом судиїв, та занедбанє ей витворює причину неважности з §. 477/2 у. пр. задля нарушеня приписаного устрою колєгіяльного судоводства, що становить запоруку певнїйшого виміру справедливости.

Вкінци належать тут ті случаї, коли справу рішав *судия*, що силою закону є *виключений* від виконуваня уряду судейского в тій справі, або коли єго *ухиленє було оправдане* по приводу сумнїву що-до єго безсторонности. В першім разї, судия законно виключений не може мати участи в рішаню справи, бо є законом узнаний за неспосібного судию в тім спорі, та задля того причини виключеня судиї мож кождого часу підносити в процесї. Натомісць в другім разї сторона процесова повинна навести дотичні обставини на виказанє сумнївої безсторонности дотичного судиї, перед приступленєм до розправи (§§. 20, 19/2 і 21 норм. юр.), а опісля може бути узгляднене право ухиленя лиш тодї, як дотична сторона буде в силї виказати імовірно, що причина ухиленя зайшла пізнїйше або сторона аж по тому довідала ся про причину ухиленя (§. 22 норм. юр.)[13]).

В самій річи обі тоті причини узасаднюють неважність поступованя і виданого вироку, бо як не було судиї безсторонного, то анї провід судовий анї видане ореченє судейске не можуть уважати ся дїланями того чинника, що має витворювати право межи сторонами процесовими (§. 477|1 у. пр.). —

[13]) Пр. пор. яснїйшу сталїзацию §. 513/3 нїмецкого уставу цивільного процесу: wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war.

Львівська державна наукова бібліотека № 3347
ЛЬВІВСЬКА БІБЛІОТЕКА АН УРСР № И 94758
3
39.508

3) Нарушенє основ поступованя.

Побіч двох головних чинників в процесї, якими є спосібні сторони і спосібний судия, виступає в процесї яко забезпека правильного виміру справедливости також сам основний провід справи, що має сторонам уможливити свобідне доходженє і безпечну оборону права, а судиї вишому провіренє правне запавшого ореченя судейского в низшій інстанциї, наслїдом зачіпленя єго допустимим средством правним.

Нарушенє основ правильного поступованя судового[14]) викликує по новому уставу процесову неважність передовсїм в тім случаю, коли *сторонї віднято можливість розправляти ся перед судом* яким небудь незаконним поведенєм, з'осібна занедбанєм дорученя (§. 477/4 у. пр.). Тою хибою процесовою усуває ся першу і природну основу всякого правильного процесу: audiatur et altera pars! Поняте вислуханя обох сторін в процесї дає нагоду до оборони против правіжу противника та до виказаня оспорених подій в ціли усталеня правди материяльної, що становить мету новочасного процесу. Тому всяке незаконне усуванє сторони від процесу є актом, що впроваджує аномалію односторонного правованя і є загрожений неважностию.

Отсе вказує, що загроза з §. 198 у. пр. не може бути строго і безглядно інтерпретована в тім значіню, аби по виданю сторони приступати в кождім разї до виданя вироку заочного.

Занедбанє дорученя є не лиш тодї, як сторона взагалї не була завізвана до розправи, але як візвано до розправи куратора особи мнимо невідомої, хоч єї місце було відоме судови або сторонї противній, або як розправлювано з куратором необнятої маси спадкової, хоч були уже зголошені і відомі спадкоємцї, котрих зголошенє суд спадковий приняв до відомости, бо такими способами віднимає ся сторонї спроможність розправляти ся перед судом.

---

[14]) Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877, стор. 3, виріжнює прінціпи (засади): обосторонного вислуханя, правди материяльної і свобідного розізнаня доказів, та основи структури процесу: устність, безпосередність, явність, систем средств правних і орґанізацию судову.

Сумніва є питанє, чи спізнене доручене візваня до розправи становить неважність з §. 477/4 у. пр., позаяк устав цивільного процесу приписує вправдї час дорученя завізваня до розправи процесової (§§. 231, 257, 436, 480/1 і 509/2 у. пр.), та приказує судови з уряду відрочувати розправу задля спізненого дорученя (§. 139 у. пр.), але виразно під неважностию не приписує вчасного дорученя, так як то установлено в процесї карнім.[15]).

З'осібна занедбанє дорученя є одним з можливих незаконних поведень супротив сторони процесової, та коли то доручене не наступило в своїм часї — як закон приказує, тодї оно є незаконне і повинно би служити за причину неважности, але до сего дасть ся піднести, що як сторона через пізне доручене візваня не могля ставити ся до розправи, то ей прислугує право жадати привернення дня судного до первісного стану та тим чином запобічи всїм шкідним наслїдом свого нестановленя, а коли она сего не зробила в своїм часї, то утратили средство оборонне против пригоди неухилимої і непередвидженої (§§. 146 і 147 у. пр.).

Другим нарушенєм основи правильного поступованя судового *є неоправдане виключенє явности розправи* (§. 477/7 у. пр.). Устність і явність розправ перед судиєю орікаючим в справах цивільних і карних заповіджено артикулом 10. закону основного з 21. грудня 1867, В. з. д. 144, про власть судейску, та осущенє засади явности наступило в новім уставі цивільного процесу під застереженями з §§. 171—175 у. пр. Явність має причинити ся до поважного трактованя справи перед судом як також до контролї дїяльности самого суду. Неоправдане ухиленє ей не може наступити навіть на згідне предложенє обох сторін процесових, та порушенє сеї засади права публичного спроваджує неважність процесову.[16]).

До того роду неважности належить також нарушенє заборони з §. 210/2 у. пр., тим чином, що сторони або їх повновластцї складають до актів уложені через ннх начерки прото-

---

[15]) Пор. §. 221 уставу поступованя карного з 23. мая 1873, В. з. д. 118.

[16]) В первіснім предложеню правительства була постанова §. 186: Die Öffentlichkeit ist auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien, von amtswegen aber dann auszuschliessen, wenn durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint... (§. 172 у. пр.).

колів розправ, то значить коли суд сам не виладжує протоколу розправи, але приймає готовий протокол від сторони або ёї повновластця (§. 477/8 у. пр.). Таке поступованє суду орікаючого вказує на *поминенє засади устности і безпосередности розправи спорової*, супротив чого заходить вельми діймаюче занедбанє такої форми процесової, що ёї брак віднимає ореченю судейскому всяку підставу процесову і тому́ такий провід судовий мусить уважати ся за правно неістнуючий або неважний.

Вкінци до нарушеня основ правильного поступованя судового належить також причина з §. 477/9 у. пр., по приводу хибного уложеня вироку.

Кожда сторона процесова має право жадати, аби ореченє судейске обнимало докладне означенє предмету спору, — аби рішенє було ясне і вичерпуюче, та узасаднене обставинами подійсними приміненими до законних приписів. Коли отже виготовлений вирок судейский є так хибний, що суд висшої інстанції не може ёго безпечно піддати своїй критиці правній, — коли вирок сам в собі є суперечний або не подає жадного узасадненя, то отсї засадничі хиби викликують неважність ореченя судейского.[17]).

Що докладне означенє предмету спору є конечним услівєм всякого ореченя судейского, се само про себе зрозуміле, та що ореченє судейске мусить бути льоґічно узасаднене, отсе супротив засади свобідного розізнаня доказів є річию тим більше потрібною, бо свобода переконаня не може переходити в самоволю, але мусить бути у всякім разї виправдана фактичними обставинами. Проте у своїм вироцї мусить суд ствердити, які подїї приймає за доказані або недоказані, та напровадити ті обставини і розваженя, що витворили дотичне переконанє судейске (ореченє найв. трибуналу судового з 30. червня 1899 ч. 6810 нр. 126). З блудним приміненєм права дасть собі раду суд висшої інстанції, але де суд орікаючий не ствердив основних подій, на котрих опер свій вирок, там ёго ореченє упадає браком сущної основи.

---

[17]) §. 513/7 нїмецкого уставу цивільного процесу: wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

Висше піднесні три ряди неважностий вичерпують всї допустимі причини неважности, які приняв устав цивільного процесу. Поміж ними не находимо давних двох замітів процесових: вчаснїйшого *заправованя* (Streitanhängigkeit) і *правосильного* порішеня справи (Rechtskraft), що постанова §. 240/3 у. пр. приказує не тілько на внесок сторони узглядняти, але навіть з уряду.[18]).

Коли суд першої інстанциї прийме оден з тих замітів за істнуючий, то звертає позов і то само наступити може у висшій інстанциї, як суд першої інстанциї орікав про оден з сих замітів (§. 471/6 у. пр.), але на тім кінчить ся звичайна охорона процесова, бо суд висший не має права з уряду доходити сих замітів (ореченє найв. трибуналу судового з 21. червня 1899 ч. 9373 пр. 102). Остаточну охорону для заміту справи правосильно осудженої дає уже тілько позов о зновленє поступованя (§. 530/6 у. пр.), натомісць заміт заправованя, як в своїм часї не здержав другого процесу, то тим самим став ся зовсїм безпредметовий за порішенєм того спору. —

---

[18]) Пр. Gem. Ber. стор, 10: Die Gründe, welche degegen sprechen, dass dieselbe Rechtssache zu gleicher Zeit verhandelt oder über denselben Anspruch wiederholt entschieden werden dürfe, sind wesentlich publicistischer Natur: es sind Rücksichten der Rechtspflege und Rechtssicherheit, Erwägungen aus der staatsrechtlichen und socialen Funktion der Rechtssprechung geschöpft, denen gegenüber der privatrechtliche Gedanke des Anspruchsverzichtes ganz verschwindet. В нїмецкім процесї зачислено заміт заправованя (die Einrede der Rechtshängigkeit) до замітів з'упинюючих процес (§. 247. Prozesshindernde Einreden).

II.

Неважности у висших інстанциях.

4) Поміченє неважности з уряду.

Поміченє неважностн з уряду у висшій інстанції становить виємок від засади з §. 462/1 у. пр., що суд відкличний провірює рішенє суду першої інстанції в границях внесків відкличних, так як дальші постанови (§§. 471/7 і 494 у. пр.) *допускають узгляднєнє причин неважности і в тих случаях, коли жадна сторона не піднесла причини неважности* против запавшого вироку або поступованя переведеного в першій інстанції, то є коли сторона дотична не знала про те або не хотіла підносити причини неважности у своїм письмі відкличнім.

Постанова §. 462/1 у. пр. означує обєм дїланя суду відкличного: внески і причини подані на їх узасаднєнє (§. 467/3 у. пр.), але неважности „ipso jure“ належуть до орікаючої области суду відкличного без огляду на дотичні внески сторін, а з уваги на публичний інтерес правильного судоводства.

Згадане номіченє може наступити через предсїдателя сенату відкличного і тодї справу рішає сам сенат без розправи устної, або аж на розправі відкличній і тодї справу рішає сенат по переведеній розправі відкличній, при котрій сторона процесова може також піднести зачіпленє вироку задля неважности, хоч би тої причини не подала в письмі відкличнім та противник процесовий спротивив ся тій новости.

Дуже зближені до неважности є слічаї передвиджені в §. 496 у. пр., коли зачіпленим вироком (осудом кінцевим) не порішено всїх внесків річевих, — коли поступованє в першій інстанції дїймають сущні хиби, що перепинили вичерпуюче ви-

ясненє або основне осудженє справи, та коли події рішаючі зовсїм не були вияснені в першій інстанциї. Тоті причини відкличні не є неважностями процесовими, отже формально до них не має приміненя постанова §. 494 у. пр., то значить, що суд відкличний не має обовязку з уряду їх помічувати і з уряду зносити вирок першої інстанциї без дотичного внеску сторони процесової, хоч предметово річ беручи не мож відмовити судови відкличному права виданя розпорядженя в тім напрямі, аби поступованє в першій інстанциї було доповненє докладним порішенєм і вияснененм подійсного стану справи[19]), як інакше суд відкличний не може приступити до осудженя справи.

Так іде справа до другої інстанциї, та *в третій інстанциї* (ревізийній) маємо загальну постанову закону з §. 504/1 у. пр., що суд ревізийний пересмотрює вирок суду відкличного в границях внесків ревізийних, з чого слїдує, що той суд узглядняє причини неважности лиш тодї та о стілько, о скілько тоті причини були поднесені в письмі ревізийнім.[20]) В тім предметї наш закон процесовий не є досить ясний та зовсїм льотічно переведений. Вистане порівнати дуже певні вискази §§. 6 і 7 у. пр., що неспосібність процесову, хибуюче заступство законне або осібне уповажненє процесове належить з уряду узглядняти в кождім станї процесу, — та відтак дальшу постанову §. 240/3 у. пр., що недопустимість дороги права, вчаснїйше заправованє і правосильність вироку належить кождого часу з уряду узглядняти, але отсю постанову мож відносити до поступованя в першій інстанциї.

Klein (l. cit.) утверджує, що неважности і тілько неважности має інстанция ревізийна з уряду помічувати, покликуючи ся на постанову § 510 у. пр., та рівночасно виводить, що коли закон взагалї установляє, аби вчаснїйше заправованє і право-

---

[19]) Належить відріжнити тут: обовязок суду відкличного, а право того суду до узгляднення з уряду причин з §. 496 у. пр. Пр. пор. строгу інтерпретацию у Klein'a, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, Wien, 1900, стор. 258. і наст.

[20]) Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig, 1878, стор. 783: Häufig wird sich freilich die Nichtigkeit schon aus dem Urtheil selbst oder aus den Acten ergeben (nullitas manifesta s. notoria); dadurch aber wird die Beweislast nicht geändert, sondern nur der Beweis unnöthig gemacht oder erleichtert. Die Anfechtung eines nichtigen Urtheils ist demnach als ein selbständig zu begründender Angriff anzusehen.

сильність з уряду були узгляднені, то тим обнимає природно також потрібне вказане для висших інстанций.[21]) В тих висказах автора нашого нового процесу цивільного стрічаємо таку саму неясність як в самім законї процесовім, бо той ані вчаснїйшого заправованя ані правосильности не причислює до причин неважности. Натомісць §. 471/6 у. пр. згадує тілько про зачіпленє ореченя замітом непринадежности, заправованя або правосильности, що був піднесений в першій інстанциї. Арґументувати можна на користь замітів вчаснїйшого заправованя і правосильности зглядами публичними, але такими самими виводами мож поперти примінене з уряду постанови §. 496 у. пр., так як знов з другого боку можна вказати на інтерес правний сторін процесових, аби справа була осуджена помимо вчаснїйшого заправованя або правосильности.

В кінци і стилїзация §. 510/2 у. пр. на двоє ворожить, бо дотичний зворот словний „wegen einer schon in erster Instanz unterlaufenen, von amtswegen wahrzunehmenden Nichtigkeit“ вказує на то, що все таки мусить бути внесок ревізийний або що найменше, що тут іде річ про неважности, які суд першої інстанциї по мисли §§. 6, 7 і 240/3 у. пр. з уряду повинен був помітити!

Остаточним висліdом того розбору можна приймити:

а) що неважности вичислені в §. 477 у. пр. суд відличний має з уряду помічувати і узглядняти;

б) що заміти вчаснїйшого заправованя і правосильности не є узнані за причини неважности і томў так як заміти взагалї мусять бути піднесені уже в першій інстанциї і в письмі відличнім;

в) що суд ревізийний мусить узгляднити неважности виразно піднесені поміж причинами ревізийними, а не є обовязаний помічувати з уряду таких неважностий, що не були піднесені через дотичну сторону в єї письмі ревізийнім. —

---

[21]) Klein (я. в.) на стор. 259: Wenn das Gesetz allgemein festsetzt, dass die Streitanhängigkeit und Rechtskraft von amtswegen zu berücksichtigen sind, enthält dies natürlich zugleich die erforderliche Anweisung auch für das Rechtsmitttelverfahren... Aber nur Nichtigkeiten hat die Revisionsinstanz von amtswegen wahrzunehmen (§. 510).

5) Порішенє неважности в висшій інстанції.

Уже попередно було сказано, що неважність може бути помічена і узгляднена в судї відкличнім на неявнім засїданю сенату відкличного перед визначенєм розправи відкличної, або на підставі переведеної устної розправи відкличної. Натомісць в судї ревізийнім правильно відбуває ся порішенє ревізиї на не явнім засїданю без попередної розправи устної (§. 509|1 у. пр.).

Коли суд відкличний є того погляду, що дїйсно заходить неважність піднесена в письмі відкличнім або з уряду єї помітить, то без визначеня розправи устної приступає до виданя рішеня відкличного (§. 473 у. пр.), а коли суд відкличний є тої гадки, що в даній справі не ма піднесеної неважности, то порішивши єї відмовно визначує устну розправу відкличну в цїли порішеня дальших причин відкликаня, та як би таких не було, то не ма потреби визначувати розправи відкличної (§. 480/2 у. пр.), і тілько відкидає ся відкликанє на підставі того вступного поступованя відкличного (Vorverfahren). Наслїдом вступного поступованя відкличного може бути прото *знесенє вироку першої інстанції* задля неважности, *відкиненє відкликаня* або *визначенє устної розправи відкличної*.

Суд відкличний може аж на самій розправі відкличній переконати ся, що дїйсно заходить в даній справі неважність, передше непомічена або неузгляднена, та тоді дотичне рішенє западає по переведеній устній розправі відкличній (§. 494 у. пр). Думаю отже, що *запавше відмовне рішенє сенату відкличного перед розправою* не може бути перепоною, щоби суд відкличний не мав права узгляднити неважности, яку виказала устна розправа, так як інакше річ понимаючи наражає ся сторони на непотрібну страту часу і коштів інстанциї ревізийної.[22])

В самій річи порішенє неважности через суд відкличний може мати такий наслїд, що наступає *звернене позву* або *переказанє справи до першої інстанції*. В першім разї таким рішенєм є процес залагоджений формально, в другім вертає

[22]) Наші суди відкличні по відмовнім рішеню сенату, запавшім на неявнім засїданю, не допускають підношеня неважности на устній розправі відкличній.

справа зараз до поновної розправи і осудженя перед судом першої інстанції, хіба, що в рішеню відкличнім застережено вижидати правосильности того рішеня (§. 479/1 у. пр.).

Як суд відкличний узгляднить неважність *задля браку спосібности процесової* (браку заступства в процесї) по котрій небудь зі сторін процесових, то наступає звернене позву і уневажнене цїлого процесу разом з вироком запавшим, а як би по одній сторонї в процесї виступало більше спільників спору і тота хиба дотичить тілько декого з них, то уневажнене поступованя і запавшого вироку як також звернене позву не наступають в цїлости, але лиш що-до тих осіб, що їх діймає тота неважність. Натомісць як осуджено таку справу, що *не належить до дороги права*, то завсе наступає звернене позву з уневажненем всего, що доси відбуло ся.

Про отсї оба случаї виразно згадано в §. 478/1 у. пр. (§. 477/5 і 6 у. пр.). Найвисший трибунал судовий в своїм добромнїню[23]) додав ещe третий случай з §. 477/3 у. пр., то є як *узгляднено неприналежність безглядну*, що умовою сторін не може бути ухилена, опираючи ся на тім, що дотичний позов повинен був суд перший від разу звернути (§§. 230/2 і 435 у. пр.). Такому пониманю річи противить ся по перше тота обставина, що в §. 478/1 у. пр. покликано виразно тілько §§. 477/5 і 6 у. пр.; — по друге тота обставина, що анальогічний припис §. 475/2 у. пр. наказує переказувати справу перед суд приналежний, а по трете тота обставина, що постанови §§. 230/2 і 261 у. пр. дотичать тілько поступованя в першій інстанції.

Відтак виріжнене причини неважности з §. 477/5 у. пр. від причини неважности з §. 477/4 у. пр. може насунути певні сумнїви. Як сторонї не доручено завізваня до розправи спорової, тодї безперечно заходить віднятє єї можности розправляти ся перед судом і то незаконним поведенєм, яким є занедбанє дорученя, та тої причини неважности може сторона дотична доходити відкликанєм, оспорюючи рівночасно допущенє заочности по мисли §. 471/4 у. пр., і як суд відкличний узгляднить одно або друге, то за уневажненєм або ухиленєм вироку першої інстанції перекаже справу судови процесовому першої інстанції до поновної розправи і завирокованя. Але як підступ-

[23]) Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden, Wien 1897, стор. 85.

но доручено завізване до розправи кураторови особи мнимо невідомої з місця побуту або кураторови необнятої маси спадкової, хоч місце побуту тої сторони або заявлені спадкоємці були знані, то може сказати, що тота сторона зовсім не була заступлена в процесі (§. 477/5 у. пр.), та тоді по узглядненю неважности через суд відкличний наступило би зверненє позву, а не переказане справи судови процесовому до поновної розправи і завирокованя.[24])

Против того рішучого погляду дасть ся з успіхом піднести, що припис §. 477/4 у. пр. взагалї має на метї: охорону правну засади обосторонного вислуханя сторін, та установляє неважність процесову завсе, де тілько незаконно віднято сторонї спромогу розправляти ся зі своїм противником процесовим, а не творить жадної ріжницї: *чи незаконне поведенє вийшло від суду безпосередно чи посередно наслїдом заподаня блудного зі сторони противника процесового.* В тім зглядї мусимо іти простою дорогою льоґічної інтерпретациї, та не вільно нам сего виріжнювати, чого сам закон не виріжнює. Дальше годї допускати, аби неважність сягала аж до зверненя позву, так як особа Н. Н. не перестає бути тою самою особою, хоч була заступлена через куратора, та годї утверджувати, що она зовсім не була заступлена, коли єї заступав куратор, а натомісць може лиш то сказати, що дотичній особі незаконним установленєм киратора віднято можність розправляти ся в процесї, і тому́ ухиленєм цїлого процесу аж до позву она відзискує можливість оборони своїх прав процесових, на дорозї безпосередного вислуханя єї самої.

Інакше річ представляє ся тодї, коли в процесї виступає особа, що не має спосібности процесової, або що не є особою процесовою (§. 477/5 у. пр.), бо тодї не ма з ким провадити

[24]) Klein (l. cit.) на стор. 239:... denn nur Gesetzesverletzungen des Gerichtes, nicht solche, die sich die Parthien zu Schulden kommen lassen, begründen Nichtigkeit. Letzteres Kriterium fehlt ebenso, wo die Bestellung eines Curators für den Beklagten (§§. 115/1, 116) durch eine Irreführung des Gerichtes erschlichen wurde. Das Verfahren ist allerdings nichtig. Jedoch nicht gemäss §. 477/4, denn das Gericht ist gesetzmässig vorgegangen, es wurde nur über den Thatbestand der richtig angewendeten Rechtsnorm getäuscht. Die Nichtigkeit ist vielmehr darin begründet, dass der Beklagte im Verfahren gar nicht vertreten war (§. 477/5); die Vertretung durch den Curator ist keine gesetzliche, für den Beklagten wirksame, sobald die gesetzliche Bedingung der Curatorbestellung in Wahrheit nicht gegeben ist.

розправи в судї процесовім, та знесенє неважного поступованя обнимає також звернене позву.

З того слїдує, що намагані розширеня не дадуть ся виправдати постановами уставу процесового, та що тілько наслїдом неважности з §. 477/5 і 6 у. пр. наступає звернене позву, а при всїх прочих неважностях відосланє справи до суду процесового першої інстанциї. Як причиною неважности була підметова неспосібність судейска, то суд відкличний може переказати справу до поновної розправи иншому судови свого округа замісць первісного суду процесового (§§. 477/1) і 2), 478/3 у. пр.).

Також обом сторонам процесовим вільно в речинци вісьмох днїв по дорученю рішеня відкличного поставити внесок в судї відкличнім, аби сам суд відкличний по переведеню потрібної нової розправи орік в самій справі, і тодї суд відкличний зносить своє попередне переказанє справи до суду першої інстанциї (478/4 у. пр.), очевидно в тих случаяв, де не було відкиненя позву.

Иншим способом відбуває ся порішенє неважности *в інстанциї ревізийній*, так як тут не ма поступованя вступного, бо суд ревізийний правильно рішає тілько на неявних засїданях без устної розправи та в приписї §. 510/1 у. пр. высказано стремлїнє, *аби суд ревізийний рішав в самій річи без відсиланя справи до суду відкличного*. Від того правила допускає устав цивільного процесу отсї виємки:

а) як суд ревізийний уневажняє вирок суду відкличцого з причини віднятя сторонї процесовій можливости розправи або з причини браку заступства в поступованю відкличнім (§. 477/4 і 5 у. пр.), або як зносить вирок суду відкличного з причини недокладности поступованя відкличного (§. 503/2 у. пр.), та як уважає, що заходить конечна потреба нової розправи, то має справу переказати судови відкличному до поновної розправи (§. 510/1 у. пр.);

б) з того слїдує, що як в поступованю відкличнім зайшли инші причини неважности (з устушів 1) 2) 3) і 6)—9) §. 477 у. пр.), то суд ревізийний зносить хибний вирок відкличний і рішає рівночасно в самій річи;

в) як суд ревізийний дослїдить неважність якунебудь, що зайшла уже в першій інстанциї, то має переказати справу до першої інстанциї (§. 510/2 у. пр.), — при чім покликанє §. 478,

уступів 2) і 3) у. пр. вказує, що суд ревізийний може відослати справу до иншого суду першої інстанції задля підметової неспосібности судейскої. —

6) Одобренє неважних дїлань процесових.

Як в першій інстанції так і в другій інстанції не є виключена можливість ухиленя деяких причин неважности. Але як в першій інстанції суд процесовий має час і нагоду запобігчи і не допустити до неважности в поступованю або в самім вироці, так знов в другій інстанції являє ся викінчений материял процесовий, та наслїдом того неважність може тут усунути лиш в деяких разах.

До тих случаїв належить постанова §. 477/5 у. пр., що *хиба заступства процесового* становить лиш тоді причину неважности, як дотична сторона не узнала тих неважних дїлань процесових за важні та єї правно обовязуючі. З'осібна по кінцевому уступу §. 477 у. пр. пізнїйше одобренє дїлань процесових, що були неважні задля браку заступства, наступає тим чином, що законний заступник в другій інстанції не підносить тої неважности, але вдає ся в поступованє відкличне внесенєм письма відкличного або відповіди відкличної.

Отсей спосіб санації неважности звертає на себе увагу з двох сторін. По перше, маємо тут *вилім із засади процесової, що неважности з уряду узглядняти належить* (§§. 471/7 і 494 у. пр.), так як таке догадне зреченє сеї причини неважности зі сторони законного заступника не тілько судови відкличному віднимає право уневажняти попередний провід процесовий, але також сам той заступник правний дотичної сторони процесової, зглядно сама сторона процесова по відзисканю спосібности процесової не має уже права підносити сеї причини неважности на розправі відкличній. По друге, припис §. 477/5 у. пр. обнимає дві причини неважности: одну, коли сторона процесова зовсїм не була заступлена, н. пр. задля браку повновласти процесової у заступника процесового (§. 37 у. пр.), та другу, коли сторона, що не має самостійної спосібности процесової, виступала в процесї без свого заступника законного (вітця яко законного заступника, матери яко опікунки, опікуна або куратора), та догадне одобренє причини неважности задля браку заступства в першій інстанції наступити може

тілько в тім остатнім разї, як не було заступства законного, *натомісць не може то наступити в тім разї, як сторона спосібна до самостійних дїлань процесових не була заступлена в першій інстанції*, хоч льоґіка правна що найменше так само промовляє за догадним зреченєм неважности в однім як і в другім разї. Причини того належить шукати в первіснім предложеню правительства, де постанова §. 495/5 (тепер §. 477/5 у. пр.) обнимала тілько другий уступ теперішного §. 477/5 у. пр.[25]).

Інтерпретуючи прото постанови §. 477/5 з кінцевим уступом §. 477 у. пр. дійти мусимо до того висліду, що сама сторона процесова, котра в першій інстанції зовсім не була заступлена, *мусить ті неважні дїланя суду процесового першої інстанції виразно одобрити в інстанції відкличній*, та аж тоді відпадає тота причина неважности, *а законний заступник самим приступленєм до поступованя відкличного без заміту неважности з §. 477/5 у. пр.* приводить дотичну сторону до утрати того заміту неважности, а навіть до цїлковитого ухиленя тої причини неважности, що з уряду не може бути помічувана і узгляднена. Отсе *дотичить також осіб правних*, так як они в процесї мусять виступати через своїх законних заступників, та припис §. 477/5 у. пр. обнимає не тілько ті случаї, де особа неспосібна до самостійного дїланя в процесї виступала без свого законного заступника, але також ті случаї, де виступав такий заступник іменем дотичної особи, що не був єї законним заступником.

Практична ріжниця буде визначувати ся тім, що сама сторона процесова, котра в першій інстанції не була заступлена, хоч би тої причини неважности не піднесла в письмі відкличнім (відповіди відкличній), — може на розправі відкличній з успіхом покликати ся на тоту причину неважности, бо тоді не ма єї правильного одобреня попереднього процесу першої інстанції.

---

[25]) Regierungsvorlage, стор. 141: §. 495/5: wenn eine Partei, die eines gesetzlichen Vertreters bedarf, im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war.

А кінцевий уступ був до того параґрафу: Die Aufhebung unterbleibt in dem unter Z. 5 bezeichneten Falle, wenn der gesetzliche Vertreter, ohne den Mangel der Vertretung geltend zu machen, durch Erstattung der Berufungsschrift oder eines vorbereitenden Schriftsatzes in das Berufungsverfahren eingetreten ist.

Заступник законний особи неспосібної до самостійного дїланя в процесї або заступник законний особи правної може на розправі відкличній удержати ся з замітом тої неважности тілько в тих случаях, коли сей заміт піднїс в письмі відкличнім або коли зовсїм не вносив відповіди відкличної та на самій розправі відкличній не одобрив дїлань процесових в першій інстанциї, але піддержав тоту причину неважности, або не станув на розправі відкличній та суд відкличний з уряду узгляднив отсю неважність процесову.

Другою причиною неважности, що в інстанциї відкличній може бути одобрена, а радше ухилена є *хибне виготовленє вироку* з §. 477/9 у. пр.

Коли там при неважности з §. 477/5 у. пр. від волї сторони або єї законного заступника залежить одобренє неважности процесу першої інстанциї і наданє тому проводови сили важного процесу, то при тій другій причинї неважности з §. 477/9 у. пр. ухиленє неважности залежить від суду відкличного. Але воля суду відкличного є тут обмежена предметовими обставинами. Вирок суду першої інстанциї, що є неважний задля хибного укладу та не надає ся до розпізнаня в другій інстанциї; що є сам з собою суперечний або не має нїякого узасадненя, може бути привернений до сили правно-процесової спростованєм по мисли §. 419 у. пр., якого доконує суд відкличний, однак то спростованє може відносити ся до усуненя блудів писарских і рахункових або инших очевидних похибок, та знов не в силї оно надати головної основи правної вирокови першому, якої там зовсїм не ма або усунути простої суперечности самого ореченя в собі або створити узасадненя, якого суд перший зовсїм не подав.

О скілько вирок суду першого є недокладно узасаднений, то суд відкличний може подати своє узасаднене за або против і тоді нема неважности з §. 477/9 у. пр.; о скілько в узасадненю не подав суд першої інстанциї рішаючих обставин, на котрих упер своє ореченє, отсе не надає ся зовсїм до спростованя, так як суд відкличний не може знати, котрі з рішаючих обставин суд процесовий приняв за доказані або правдиві, чи за неправдиві; о скілько само ореченє суду першого є в собі суперечне, то спростованє може дотичити тілько позірної суперечности, але нїколи льотічної суперечности, а вже майже не дасть ся подумати спростованє неможливої основи ореченя су-

дейского, що з першої інстанції мусить вийти в певній усталеній формі правній.

Тому́ як рідкі є случаї неважности з §. 477/9 у. пр., так єще рідші будуть случаї санації неважности, то звичайно хибні вироки суду першої інстанції задля недокладности ореченя стрінуть ся з постановами §. 496 у. пр.

Можливість одобреня неважних дїлань процесових та ухиленє неважности зі сторони суду кінчать ся в другій інстанції. Найвисша інстанция ревізийна не знає анї одобрюваня сторін процесових анї простованя вироків хибно виладжених, та лиш орікає в самій справі або переказує єї низшим судам. —

III.

Неважности по закінченю процесу.

7) Правосильність супротив неважности.

Остаточним порішенем спору, що не може дальше точити ся звичайними средствами правними, доконує ся правосильність справи (res judicata). Формальна правосильність то означує, що дотичне ореченє судейске не може бути оспорюване звичайними средствами процесовими, як відкликанє або ревізия, та відклик. Она становить конечне услівє так званої материяльної правосильности, що витворює зі спірного відношеня сторін процесових *відношенє правно усталене* (jus facit inter partes) або новий акт правний що-до порішеного права материяльного, то значить: правильний процес своє зробив та дальша чинність сторін відбуває ся на области екзекутиви дотичних управнень чи зобовязань сторін процесових.[26]) Але тим способом єще не є виключена незвичайна дорога процесова, що може повалити запавше ореченє судейске та довести до уневажненя того нового акту правного, який заістнував поміж сторонами наслїдом переведеного процесу.

---

[26]) Пр. пор. Unger, System, II, стор. 671; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1885, стор. 128; Schultze, Privatrecht und Process, I, 1883, стор 582: Das richterliche Urtheil unter Herrschaft des Gesetzes-Privatrechts, auch das sog. condemnatorische Urtheil ist lediglich ein Act der Feststellung; sofern es ein condemnatorisches ist, ein Act der Feststellung einer vom Gesetz gebotenen und kraft des Gesetzesbefehls erzwingbaren Leistungspflicht.; Kohler, Recht und Process в Zeitschrift Grünhut'a з р. 1887, на стор. 1—32.

Res judicata викликує не тілько той стан процесовий, що того самого правіжу не вільно другий раз підносити (exceptio rei judicatae) до тої самої сторони, але надає сторонам процесовим супротив себе безпосередно, а супротив третих осіб посередно певні управненя материяльні, та безпечність правильного виміру справедливости вимагає сего, аби той стан був дійсно правний, то є ненарушимий.[27]) В тій точці виступає бажанє, аби новочасний процес не був хиткий і видане ореченє судейске по правосильности не було предметом дальшого оспорюваня, але знов з другого боку не мож поминути тої обставини, що годї допускати до безглядної сили правної такі ореченя судейскі, що є очевидно несправедливі і замісць вимірювати право кривдять тих, що шукали справедливости. Тому має зарадити *институция* процесова зновленя поступованя, широко допущена в нашім новім процесї цивільнім (§. 530 у. пр.). Инша є річ при неважности поступованя судового.

Коли очевидна несправедливість, хоч би доведена аж по правосильнім закінченю процесу наказує подати сторонї покривдженій всякі можливі способи до ухиленя того з чим боре ся вимір справедливости, то є допомогчи до достиженя ідеалу правди материяльної, то сама формальна неважність супротив res judicata мусить уступати на друге місце, так як сторони процесові і чинники судейскі досить мали нагоди в часї самого процесу дослїдити неважности, та зарядити лиху, а як сего не здїлано в своїм часї і місци, то res judicata своєю повною силою покриває тоті формальні хиби, що зайшли в часї проводу судового.

Але процес се акт правний межи судом і сторонами, та з того дїланя правного може наступити важне усталенє права лиш тодї, *як взагалї заходять конечні условини до повстаня важного акту правного.* Такими конечними вимогами є спосібність дїлаючих чинників і можливість *чинитьби*, та де не було тих прінціпіяльних условин, там не міг заістнувати важний акт правний, то значить: де був суд неспосібний або сторона процесова неспосібна, або де предмет спору не надаєсь до процесу, що називаємо дорогою права, там не може бути правосильности дотичного акту правного, та тодї *правосильне ореченє судейске, як кождий акт правний, ставсь предметом*

[27]) Res judicata pro veritate accipitur. Ulp. l. 207, D. de r. j. 50, 17.

оспореня, і супротив сих причин уступити мусить правосильність, захитана в самих основах.

На підставі висказаного належить відріжнити наслїд речний правосильности, що викликує погаснене права позиваня силою самого істнованя вироку в дотичній справі, від наслїду рішучого, що основує нове відношене облїґацийне межи причасними чинниками процесовими.[28]) Той другий наслїд правний може бути оспорений в тім напрямі, що тото нове відношене облїґацийне правно не могло заістнувати, отже ореченє судейске правно не істнує та не може мати сили права, — без огляду на се, чи дотичне ореченє є справедливе або нї, але задля хибуючих условин до правного заістнованя зобовязаня взагалї.

Отсей погляд правний не був чужий уже римскому правознавству, що допускало неважність вироку з причини неспосібности або некомпетенциї судиї, та процесової неспосібности або неприсутности сторони.[29])

Вкінци годить ся зазначити, що при оспореню материальної правосильности стрічають ся з особою право цивільне (материальне) з правом процесовим, так як право цивільне дає установи правні про значінє вироку для набутя прав приватних[30]), натомісць право процесове постановляє про можливість зачіпленя вироку і єго формального оспореня. Як довго судия процесовий рішав спір в правильнім тоцї, так довго входив в саму суть справи правної, але коли уже перейшла правосильність, то суд процесовий не входить в само єство справи, та лиш рішає: чи сам вирок стійний чи правно неможливий, бо сторона річева покрита правосильним вироком і як довго

---

[28]) D. de peculio 15, 1, l. 3, §. 11: nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem.

[29]) D. quo quisque juris, 2, 2, Ulp. 1. §. 2: Et ideo, si inter eos quis dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit: quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia.

D. de re jud. 42, 1, Paul. 45 §. 2: Contra indefensores minores tutorem vel curatorem non habentes, nulla sententia proferenda est.

Paul. V. 5a §. 6: Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum judicatarum non obtinent.

[30]) Krainz-Pfaff, System, I, стор. 414—419.

не здойме ся тої заслони правної, так довго не вільно власти орікаючій вдруге рішати справи самої. —

8) Неважність задля хибуючого судоводства.

Як довго точить ся справа перед судом, так довго суд кождої інстанції має право та обовязок помічувати хибу безглядної неприналежности і сторони також в кождій інстанції можуть єї підносити з успіхом, аби тим способом не допускати до неважности поступованя судового.

Хибуюче право судоводства уміщено в новім уставі процесу цивільного поміж причинами неважности (§. 477/3 і 6 у. пр.) і то як бачимо в двох окремих уступах: коли суд навіть виразною умовою сторін не може стати приналежним для порішеня дотичної справи, та коли суд має орікати про справу, що не належить до дороги права. Осторогою до обох сих причин неважности є постанова §. 104 норми юрисдикційної, що замісць неприналежности до дороги права згадує про виключенє справи з круга дїланя звичайних судів.[31]) Тото все має свою межу в правосильнім вироці, бо тоді устає вже можливість так помічуваня суду орікаючого як також підношеня внесків сторін в тоцї споровім, що скінчив своє дїло, та може би сказати: res judicata jus facit inter partes, і справі конець.

Але нова норма юрисдикційна передвидїла допустимість неважности по правосильнім закінченю справи і то задля хибуючого судоводства, однак не перенесла тут всїх дотичних причин неважности з §. 477/3 і 6 у. пр., а тілько один случай: коли *справа не приналежить до звичайних судів* та причинила єще другий случай, про який зовсїм не згадує ся в уставі цивільного процесу: коли *справа взагалї не належить до нашого державного судоводства*, то є на підставі установ міжнародного права приватного приналежить до заграници або до країв корони угорскої (§. 42 нор. юр.).[32])

Отсе значить, що в сих случаях res judicata мусить уступити з тої причини, бо наші *звичайні суди не мають розпо-*

[31]) Трудно розпізнати: чим ріжнять ся тоті оба понятя правні від себе, бо справа, що не належить до дороги права, також не належить до спорового судоводства звичайних судів, та знов справа, що належить до дороги права, може не належати до звичайних судів, але н. пр. до трибуналу державного або суду роз'ємного.

[32]) Пр. пор. арт. I—X закону впровідного до норми юрисдикційної.

рядимости судейской над предметом спору, супротив чого на підставі їх вироку не могло заістнувати усталене відношенє правне поміж дотичними сторонами.

Рішати про таку неважність по правосильности маѣ право тілько найвисший трибунал судовий, так як він ѣ найвисшим звичайним судом орікаючим в державі, та задля того представляѣсь найбільше покликаним до того, аби відняти силу правну ореченям судейским, що дійшли до res judicata.

При тім треба мати на увазї два можливі случаї: чи дотична хиба судоводства була помічена і порішена в тоцї спору, чи нї. Як в дотичнім спорі піднесено хибуюче судоводство наших звичайних судів, та спір дійшов до найвисшого трибуналу судового і той порішив отсе питанє на користь звичайних наших судів, тодї зовсїм відпадаѣ можливість уневажненя (§. 42/3 нор. юр.).

Коли в правильнім тоцї інстанций справа була предметом ореченя найвисшого трибуналу судового, але тодї не помічено сеї неважности або ѣї не піднесено, та тому тота неважність не була предметом попереднього рішеня найвисшого трибуналу судового, то на внесок мінїстерства зглядно видїлу краєвого, по правосильности може найвисший трибунал оречи неважність цїлого попереднього поступованя судового задля тепер поміченої неважности з причини хибуючого судоводства. То само буде тодї, як правосильність наступила в першій або другій інстанциї, де отся неважність не була предметом рішеня.

Натомісць сумнїве ѣ питанє в тих разах, коли отсю неважність піднесено в першій або другій інстанциї і тут наступила правосильність, але сеї неважности не узгляднено. Тут причина неважности була відома низшим судам, а найвисший трибунал не мав нагоди рішати ѣї, так як справа не ішла до інстанциї ревізийної, отже тепер по правосильности міг би прихилити ся до тої неважности. За таким пониманєм річи промовляѣ тота обставина, що неважність задля хибуючої підсудности ѣ характеру публично-правного, та по правосильности можуть ѣї підносити тілько публичні власти. Против допустимости рішеня найвисшого трибуналу судового промовляѣ неясний зміст постанов §. 42/2 і 3 нор. юр., з котрих уступ 2/. взагалї допускаѣ надзвичайне рішенє найвисшого трибуналу лиш тодї, коли хибуюче судоводство *виявить ся* (offenbar wird) *по правосильности*, а тут було оно відоме перед правосильностию, та

уступ 3/. не *допускає ореченя неважности, задля хибуючого судоводства, по правосильности* в тих всїх разах, коли що-до тої підстави неважности протистоїть важне (noch bindende!) рішенє того самого або иншого суду, отже або рішенє найвисшого трибуналу судового або правосильне рішенє низшого суду. На се вказують нам також приводи законодатні, які подала комісия палати панів до зміни §. 43 (предложеня правительства) і створеня теперішного §. 42 нор. юр.[33])

Коли власть адмінїстрацийна мала нагоду перед правосильностию користати з припису §. 12 закону з 18. цьвітня 1869, В. з. д. 44, і зажадати від трибуналу державного, аби порішив спір компетенцийний, то залишивши того способу не може покликувати ся, мов би аж по правосильности стала явна неважність про хибуюче судоводство.

А вкінци не мож поминути зміни уступу 3/. первісного предложеня правительства, де замісць первісних слів „eine von demselben oder von einem höheren Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht“ уміщено в §. 42/3 нор. юр. слова „eine von demselben oder von einem anderen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.“ Правда, що отся зміна була вислїдом перенесеня сеї надзвичайної власти орікаючої виключно на найвисший трибунал судовий, чого не було в первіснім предложеню правительства, але при тім належало звернути увагу на докладність і ясність самого вислову законного, чого не здїлано, та тим помрачено провідну гадку самої річи. —

9) *Позов неважности.*

Кромі замітів в процесї і помічуваня з уряду задля ухиленя неважности, та окрім звичайних средств правних против запавших вироків, де incidenter піднести можна заміт неваж-

---

[33]) Пр. пор. Gem. Ber. стор. 23: Die Herrenhauscommission konnte sich dem Bedenken, welches die unbedingte Anfechtbarkeit eines richterlichen Spruches wegen Zugehörigkeit der Sache zur Competenz einer Administrativbehörde erweckt, nicht verschliessen, erkannte jedoch andererseits auch für nothwendig, eine Anfechtung in jenen Fällen zu gestatten, die nicht schon durch den §. 12 des Gesetzes über das Reichsgericht gedeckt sind. Die beiden sich hier gegenüberstehenden Interessen wurden durch die am zweiten Absatze vorgenommenen Aenderungen auszugleichen versucht.

ности, та надзвичайного средства адмінїстрацийного задля хибуючого судоводства, впроваджує новий устав процесу цивільного єще *надзвичайне, але правильне средство процесове* до уневажненя правосильного рішеня судового, яким є позов неважности (querela nullitatis) з §. 529 у. пр.

Римска querela nullitatis яко самостійне зажаленє надзвичайне[34]) не розвинула ся в процесї канонїчнім, але противно майже зовсїм вийшла з ужитя. Тій обставинї належить приписати, що в давнім уставі австрийского процесу цивільного отсе средство процесове в дїйсности не істнувало, та лиш згадує ся там про зажаленє неважности яке рівнобіжне понятє з апеляциєю або ревізиєю,[35]) хоч не перестало оно істнувати в процесї французскім[36]). Але в давнім нашім австрийскім уставі цивільного процесу була постанова §. 59, що давала можність уневажненя правосильного вироку, коли в поступованю виступала сторона неспосібна (декрет надв. з 4. червня 1789, Зб. з. с. 1015 і декрет надв. з 14. жовтня 1803, Зб. з. с. 629), та постанова §. 48 давної норми юрисдикцийної що-до хибуючого судоводства.

В нашім новім уставі процесовім принято за нїмецким уставом цивільного процесу осібне средство процесове позву неважности яко querela insanabilis nullitatis по правосильнім порішеню спору, тілько в двох случаях. Оден такий случай є тодї допустимий, як орікаючий судия був виключений силою закону (§. 20 нор. юр.) від виконуваня уряду судейского в дотичнім спорі правнім, та другий тодї, як сторона в поступованю зовсїм не була заступлена, або як сторони, що потребує законного заступника, не заступав єї законний заступник, о скільки веденє процесу не було відтак правильно одобрене (§. 529/1 і 2 у. пр.).

Само про себе зрозуміле, що позов неважности яко надзвичайне средство процесове не може бути допущений в тих всїх разах, коли дотична сторона звичайними средствами в тоцї процесу або средствами правними боронила ся против тої неважности, але без успіху, то є задля виключеного судиї, задля

[34]) Пр. пор. Wetzell (l. cit.) стор. 785 і д.

[35]) Пр. пор. Dr. Arthur Skedl, Die Urtheilsnichtigkeit im österreichischen Processrecht, w Grünhut'a Zeitschrift з р. 1887, стор. 81 і д.

[36]) J. Heinrich Schlink, Commentar über die französische Civil-Prozes-Ordnung, III, Coblenz 1843, стор. 481 і д.

неспосібности процесової або хиби законного заступства. То само примінено і до того случаю, як сторона була в можности піднести причиву виключеня судиї перед правосильним порішенєм спору, але сего не здїлала в своїм часї анї замітом в тоцї спору в першій інстанциї анї средством правним.

Отсї обі підстави позву неважности є одинокими причинами, задля яких сторона процесова може зрушити правосильність ореченя судейского, віднимаючи єму безпосередний фундамент до створеня усталеного відношеня правного, так як оспоренє задля хибуючого судоводства прислугує тілько начальним властям адмінїстрацийним (§. 42 нор. юр.).[37])

Коли всї тоті три причини неважности зведемо до систематичної цїлости, то оказує ся, що фундаментальні причини неважности дотичать *хиби судоводства взагалї*, *неспосібного* (виключеного законом) *судиї і браку сторони процесової або єї спосібности*, то значить, що акт процесовий не міг стати ся актом правним, бо орікаючий чинник судейский не мав права до чинитьби або був неспосібний, або сторони процесової зовсїм не було при тім актї або була неспосібна сторона, супротив чого сам акт правний не міг заістнувати.

З того становиска правного трактуючи сю річ доходимо до приналежности позву неважности. Коли має бути оспорене важне заістноване ореченя судейского яко акту правного, то про те повинен рішати найменше той суд, що орікав в послїдній інстанциї, бо інакше суд низший рішав би про поступоване правно-процесове суду висшої інстанциї. Але причина неважности може дотичити тілько ореченя суду низшого, н. пр. задля виключеного судиї, та тоді той суд буде покликаний рішати на позов неважности. В случаю оспореня внроків кількох інстанций є приналежний найвисший суд з'поміж них (§. 532 у. пр.), де приходить *позов неважности так як звичайний позов до поступованя спорового* в цїли рішеня на знесенє правосильного вироку або ореченя.

Цїлию позву неважности є виєднаги ореченє судейске, що формально правосильне рішенє судейске правно не істнує, то є ухилити формальну правосильність, через що упадає також

---

[37]) Тут належить звернути увагу, що на инших основах правних наступає знесенє вироку наслїдом приверненя справи до первісного стану (§. 159 у. пр.), та наслїдом зновленя поступованя (§§. 530 і 531 у. пр.).

материяльна стійність попередного ореченя, бо она не може істнувати без формальної правосильности. Тому в позві неважности мусить бути поставлений передовсім внесок на *усуненє зачіпленого ореченя*, але рівночасно також дальший внесок, *якого рішеня в справі головній жадає сторона позиваюча* (§. 536/5 у. пр.). З того слідує, що остаточне порішенє позву неважности не тілько може формально знести попереднє оречене судейске, але також може викликати нове осудженє предмету попереднього спору.[38])

Понимаючи процес як ділання правні сторін, а ореченє судейске як новий акт правний, представить ся нам позов неважности інституцією процесовою, що стремить до того, аби виказати, що той акт правний не міг заістнувати з причин формальних, як також вказати чи взагалї може тут заістнувати який важний акт правний межи сторонами, так як сего вимагає правильне уладженє відносин правних межи сторонами, що не терпить непевности.

Тота непевність відношеня правного межи сторонами процесовими дає привід до того, аби означити *речинцї, в котрих сторонї нарушенїй прислугує право внести позов неважности в цїли уневажненя формального акту процесового.*

В тім предметї обовязаний є позовник дотримати законного речинця конечного і внести позов *в часї одного місяця* числячи від тої хвилї, коли мож було вносити позов неважности. З'осібна при неважности з причини виключеного судиї, від того дня числячи, коли дотична сторона довідала ся про причину виключеня. Як сторона знала про тогу причину в часї поступованя в першій інстанції або перед правосильностию могла єї піднести средством правним, тоді взагалї відпадає дорога позву неважности, так як дотична сторона тоді мала нагоду піднести свій заміт неважности з сеї причини (§. 22/4 нор. юр. і §. 529/4 у. пр.). А як сторона дізнала ся про причину виключеня по тім часї, але перед правосильностию, то сей речинець числить ся від дня правосильности, так як перед правосильностию не могла сторона вносити позву неважности. Вкінци, як сторона довідала ся про причину неважности аж по правосильности,

[38]) Wetzell, (l. cit.) стор. 792: Der Zweck dieses Rechtsmittels besteht zunächst in der Nichtigerklärung, Annullation, des angefochtenen Urtheils, ausserdem aber in dessen Ersetzung durch ein neues Urtheil.

то конечний речинець 30. днїв до внесеня позву числить ся від часу, коли она дізнала ся про причину виключеня (§. 534 у. пр.). В случаю неважности з тої причини, що сторона в процесї не була заступлена числить ся той речинець від хвилї, коли дотичне рішенє доручено сторонї або єї законному заступникови, але не скорше як від хвилї правосильности, то значить, що отсеї причини неважности може сторона доходити позвом неважности навіть тоді, *коли могла піднести сей заміт средством правним звичайним*, але єго не піднесла в своїм часї (arg. кінцевий уступ §. 529 і §. 534/2 у. пр.).

З того показує ся, що сторона процесово неспосібна може в процесї промовчати свою неспосібність і відтак через свого заступника або сама по наступившій спосібности процесовій вносити позов неважности; так само заступник правний, що звичайним средством правним не закинув попереднього браку заступства правного, або сторона незаступлена, що по дорученю єї дотичного рішеня не піднесла сего заміту звичайним средством правним, та тих хиб не помічено з уряду.

Поминаючи то виріжненє, обі згадані причини неважности узнає закон за такі хиби, що їх сторони можуть важно зречи ся, бо залишенє сего речинця процесового також годї уважати чимсь иншим, як догаданим зреченєм надзвичайного средства правного.[39])

Коли сторона процесова знає, що єї справу рішав судия законом виключений, або що єї справу суджено не зважаючи на то, що она не була заступлена в процесї або законний заступник сторони проте дізнає ся і не робить ужитку з остаточного средства правно-процесового в конечнім речинци, то звідси випроваджує ся догад правний, що така сторона пристає на запавше рішене спорове і тим чином *годить ся на акт правний*, який заістнував наслїдом рішеня судейского, а з того показує ся, що *в процесї цивільнім не ма таких замітів неважности, що їх сторони процесові не могли би утратити!*

---

[39]) Ullmann, Das österr. Zivilprozessrecht, 1885, стор 354: Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann nicht ausgeschlossen werden in den Fällen, wo der Fehler auch durch Verzicht der Parteien nicht behoben werden kann, also das im Urtheil festgestellte Recht durch einen Vertrag nicht rechtsbeständig geschaffen werden könnte.

Але дотична сторона може про те все нїчого не знати, що она зовсїм не була заступлена, або що єї не заступав законний заступник, або що судия був законно виключений від виконуваня уряду судейского в єї справі. На такий случай впроваджує новий устав цивільного процесу *безглядний речинець десяти лїт*[40]) від хвилї правосильности ореченя судейского (кінцевий уступ §. 534 у. пр.), та знов сей речинець не дотичить неважности з §. 529/2 у. пр., що може бути піднесена позвом неважности і по десяти роках. Як довго відтак сторона має право виточити позов неважности з причини хибуючого заступства єї в процесї, коли дотичного рішеня судового не доручено анї сторонї процесовій анї єї законному заступникови, про се не згадує закон, полишаючи свободу оборони без нїякого обмеженя,[41]) так як акт правно-процесовий нїколи не може мати сили обовязуючої для тої сторони, що в нїм не брала участи і єго не одобрила анї виразно анї мовчки.

Закон цивільний зачислює ореченя судейскі до титулів набутя права (§§. 317, 424, 449, 480 з. ц.), на рівнї з актами правними, та приписує речинцї до доходженя прав під загрозою задавненя, а закон процесовий ставить вимоги і речинцї до ухиленя правоважности оречень судейских під загрозою безглядної екзекутиви.

В тоцї процесу замітами сторін і помічуванєм з уряду та відтак средствами правними против оречень запавших усувають ся неважности процесові, одна по другій; найглубше закорінені вириває позов неважности або узнане сторін, а всї переживає хибуюче заступство сторони, бо без другої сторони нема процесу, та процес є актом двосторонним —

---

[40]) Pauli S. R. V. 5a) §. 8: Res olim judicata post longum silentium in judicium deduci non potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, et inter absentes vicennii computatur.

[41]) Erläuternde Bemerkungen, стор. 317: Diese Erwägungen konnten es aber nicht auch begründen, nach Ablauf von zehn Jahren jemand an ein Urtheil zu binden, welches nur scheinbar gegen ihn ergangen, in Wahrheit gar nicht gegen ihn erflossen, sondern ihm völlig fremd ist.

10) Наслїди неважности по правосильности.

Маю тут на гадцї головно наслїди неважности ствердженої на підставі позву неважности, та підношу їх осібно для того, бо наш устав цивільного процесу зовсїм помиває отсе питанє, полишаючи єго анальотії законній і науцї права процесового.

Передовсїм надзвичайна поміч правна внесеного позву неважности, хоч би оправданого, не здержує ipso facto викональности ореченя судейского яко титулу екзекуцийного,[42]) але що-до річи самої може мати всїлякий наслїд правний (§. 547/2 у. пр.).

Узгляднена неважність задля хибуючого судоводства наших судів звичайних виклукує *уневажненє цїлого поступованя судового разом з вироком або ореченєм* (§. 42 нор. юр.). Тим чином з давного процесу судового не лишає ся нїчого; позву так як би не було, заправованє ухилене, поступованє і порішенє зовсїм скасоване, та звідси сторони не можуть для себе випроваджувати жадних прав.

Инша є річ тодї, як справу рішав судия законом виключений. Тут внесенє позву і заправованє не тратять своєї сили правної та лиш ті чинности стають неважні, які виконав судия виключений, то значить дотичне ореченє разом з попередним поступованєм, що приналежить до него. За уневажненєм такого ореченя наступить поновне переведенє ухиленого поступованя *і поновне порішенє справи*, що знов може бути таке саме як попередне або відмінне, бо сторони процесові і сама справа лишили ся тоті самі, а тілько вступив тут правильний чинник судейский.[43])

---

[42]) Пр. пор. §. 42 уставу екзекуцийного.

[43]) Wetzell (l. cit.), стор. 800: Wenn die Nichtigkeit ihren Sitz im Verfahren hat, die merita causae aber nicht berührt, so sollen die vorigen Processe der blossen Unförmlichkeit wegen als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache erkannt werden, was Recht ist.

Glaser, Beiträge zur Reform des österr. Civilprocesses, Wien 1883, стор. 215: Der Gegensatz zwischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde liegt darin, dass erstere vollen, auf dem Recht der Partei, wiederholte Verhandlung und Entscheidung der Sache zu begehren, beruhenden Devolutiveffect hat, die zweite Instanz innerhalb der Schranken der relativen Rechtskraft zum ordentli.

Коли в процесі сторона не була заступлена, то належить відріжнити, чи хиба заступства зайшла по стороні позовника чи по стороні пізваного. Як заступник позиваючої сторони не має уповнавлесненя, взагалі не є правним заступником позиваючої сторони, то тоді по уневажненю запавшого ореченя також *уневажняє ся цїлий перевід процесовий разом з позвом.* Всякі дїланя процесові сторін і суду уважає ся за небувші: nihil actum est!

Крім мнимих заступників позиваючої сторони може пригодити ся таке, що сторона позиваюча дїйсно внесла позов, та єї не завізвано до розправи на внесений позов первісний, але неуправненого заступника або яку иншу особу. В такім разї не мож казати, що тут не було зовсїм позовника; він був, але тілько зовсїм не був заступлений, та задля сего може наступити *уневажненє процесу найдальше до первісного позву,* так як всякі чинности процесові остануть важні, де сторона тота була або могла бути заступлена, але з сего не користала.

Як по стороні пізваній нема уповновласненя, то нема заступства сторони пізваної, але є сторона пізвана. В тім случаю *внесенє первісного позву буде важне* і тілько дальші чинности первісного процесу будуть уневажнені, скілько їх дотичить тота хиба процесова. Як би внесено позов против необнятої маси спадкової, а відтак показало ся, що тота маса була в тій хвилї обнята, то мож би сказати, що пізваної особи зовсїм не було, та оречи уневажненє цїлого попереднього процесу разом з первісним позвом.

Хибуюче заступство сторони процесової може дотичити поступованя *у висших інстанциях*, та в тих случаях ореченє першої інстанциї або й другої не буде оспорене сею неважностию, але *сам висший перевід процесовий.* Тут по уневажненю дотичного ореченя висшої інстанциї наступить поновне поступованє відкличне або ревізийне (§. 535 у. пр.).

Але і тут виступає осібне виріжненє при хибуючім заступстві. Коли в низших інстанциях заступство було правильне,

---

chen Richter macht, während die Nichtigkeitsbeschwerde (wenigstens soweit sie reine Nichtigkeitsbeschwerde ist) auf dem Gedanken beruht, dass die ergangene Entscheidung an sich einer Überprüfung nicht unterliegt, dass sie jedoch ihre Kraft verliert, wenn sich Gebrechen nachweisen lassen, die ihre Verlässlichkeit erschüttern und dass sie dann aufzuheben und eine nochmalige Entscheidung in der Sache selbst zu bewilligen sei...

а средство правне внесла особа неуправнена, то не вистане відкинути єго по правосильности, але треба *ухилити цїле висшосудове поступованє* разом з ореченєм, яке тут запало, аби дати можність розправи сторонї властивій або єї правному заступникови, або полишити в правній силї ореченє низшосудове, против котрого управнені сторони процесові не ужили средства правного в своїм часї. Але як уже в низшій інстанциї не було заступства строни процесової, та належить уневажнити *також низшосудове ореченє разом з поступованєм аж доки сягає тота неважність.* Коли брак заступства сторони доходить аж до позву, то неважність від разу ухиляє цїлий процес, а як она так далеко не сягає або пригодить ся по сторонї пізваній, то наслїдом ухиленя неважного переводу процесового відбуде ся *новий перевід в другій або першій інстанциї*, так як інстанция ревізийна не знає безпосередного устного процесу (§. 540/3 у. пр.).

З того всего показує ся, що наслїдом узасадненого позву неважности ухиляє ся res judicata, та замість неї вступає нова res judicata, або ствердженє, що res judicata *вогалї не могла заістнувати* задля хибуючих условин до заістнованя важного акту правно-процесового, та що *позвом неважности оспорює ся важність акту правно-процесового*, — без огляду на єго зміст. —

1,38 (19
II
И 98.758

Ціна 1 корона.

З друкарні Наукового Товариства імени Шевченка
під зарядом К. Беднарского.

107758

ПРО НЕВАЖНІСТЬ

В НОВІМ ПРОЦЕСІ ЦИВІЛЬНІМ

РОЗВІДКА

З АВСТРИЙСКОГО ПРАВА ПРОЦЕСОВОГО

НАПИСАВ

Д-Р КОСТЬ ЛЕВИЦКИЙ

адвокат у Львові.

107758

У ЛЬВОВІ, 1900.

Накладом Наукового Товариства імени Шевченка.